

**LA PONDERACIÓN EN LA LIMITACIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS  
FUNDAMENTALES EN EL MARCO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

**JESICA ALEJANDRA GARCÍA SAAVEDRA**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN SISTEMA PROCESAL PENAL**

**2019**

## **RESUMEN:**

Los derechos humanos tradicionalmente en nuestro medio, se han discutido dentro del ámbito del derecho penal sustantivo, a la hora de analizar un sistema penal determinado, se encuentra que hay una limitación a la discusión acerca de adecuada o inadecuada tipificación de hechos delictivos según la conducta, sin embargo los derechos humanos tienen un gran ámbito de análisis, siempre y cuando se enfoque dentro de garantías procesales mínimas con las cuales cuenta cualquier ciudadano.

La limitación de los derechos y principios fundamentales se encuentra a cargo del juez constitucional de control de garantías, donde este debe de realizar un juicio de ponderación aplicando la proporcionalidad con el fin de determinar en el momento en que haya choque de intereses entre los mismos, cuál de estos va a primar sobre el otro, pero se ha podido observar como al determinar esta primacía se limitan algunos derechos, y el como se debe de dar la declaratoria de invalidez de dichos actos, puesto que se encuentra que uno de estos principios y/o derechos se encuentra viciado de legitimidad para continuar con el proceso de ponderación, es por esto que mediante el artículo se podrá determinar si los derechos fundamentales se limitan en el proceso de la aplicabilidad del principio de proporcionalidad o no.

De igual manera se podrá observar que para realizar una limitación a un derecho fundamental la misma debe de estar justificada y autorizada por el legislador, puesto que esta debe de cumplir con los fines constitucionales, y demostrar de que no existe otro método como el de tener que limitar un derecho fundamental, demostrando la necesidad de la misma.

## **PALABRAS CLAVES:**

Limitación, ponderación, proporcionalidad, derecho fundamental, principios, constitución, inconstitucionalidad, legitimación.

**ABSTRACT:**

Human rights traditionally in our environment, have been discussed within the scope of substantive criminal law, when analyzing a particular criminal system, it is found that there is a limitation to the discussion about adequate or inadequate criminalization of criminal acts according to conduct. However, human rights have a wide scope of analysis, as long as they focus on minimum procedural guarantees with which any citizen has.

The limitation of the rights and fundamental principles is in charge of the constitutional judge of control of guarantees, where this must be an exercise of weighting applying the proportion in order to determine at the moment in which there is a clash of interests between them, which of these is the main one, but it has been possible to observe how this primacy is established, it is limited to the rights of others, and the statement of invalidity of the said, which meets one of these principles and / or rights, must be given. it is vitiated by legitimacy to continue with the weighting process, that is, this can be determined through the weighting process, it is limited to the process of applying the principle of proportionality or not.

In the same way, it can be observed that to make a limitation to a fundamental right, it must have been justified and authorized by the legislator, that must comply with the constitutional purposes, and that there is no other method such as having to limit a fundamental right, demonstrating the need for it

**KEY WORDS:** Limitation, weighting, proportionality, fundamental right, principles, constitution, unconstitutionality, legitimacy.

## **INTRODUCCIÓN:**

La implementación del sistema acusatorio, tendría como objetivo básico la total separación de funciones que ejercen la Fiscalía General de la Nación y la Judicatura. Así, debe despojarse al órgano investigador de las funciones judiciales que actualmente ejerce.

Cuando se trata de poner en ejercicio la acción penal nos encontramos frente a la siguiente situación: la protección de los ciudadanos en cuanto a la actividad represiva estatal, y los derechos que tiene la víctima y/o la sociedad a la verdad, justicia y reparación, siendo estos en algún momento trasgredidos, puesto que solamente podrían protegerse afectando las garantías que tienen de fundamentales.

A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, con la creación de la Fiscalía General de la Nación, se quiso adoptar en Colombia un sistema de enjuiciamiento criminal de tendencia acusatoria, con las funciones de investigación y juzgamiento diferenciados, y en cabeza de entes distintos.

De acuerdo con la doctrina contemporánea, la adopción de un sistema de este corte supone la implementación de un régimen eminentemente garantista. En consonancia con ello, no sólo se elevaron a rango constitucional ciertos derechos fundamentales relacionados con el procedimiento penal, sino que igualmente, a través de los artículos 93 y 94 de la Carta, se incorporaron a nuestra legislación interna aquellas normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El nuevo procedimiento el llamado SISTEMA PENAL ACUSATORIO entra en vigencia el día primero de enero de 2005, puesto que se venía trabajando con un sistema mixto, donde la investigación procedimental y el juzgamiento penal lo tenía el mismo operador judicial, esto condujo a que se realizara la reforma con el nuevo procedimiento, puesto que había demora en el proceso que conllevaba a la prescripción de la acción penal, y

ya con la entrada en rigor de la constitución política de 1991 la fiscalía ya también tenía las potestades de: realizar la investigación penal, solicitar la privación de la libertad mediante la medida de aseguramiento, acusar, solicitar la preclusión de la acción penal.

A diferencia de la que ocupa el ente acusador, la posición del juez dentro del proceso, le permite el estudio de las pruebas y argumentos que aportan la Fiscalía y la defensa, con suficiente imparcialidad: "(...) Quien carece de imparcialidad no está en la capacidad intelectual de aceptar libremente las razones que la inteligencia no puede dejar de mirar como convincentes tras un examen integral y sincero de la cuestión"

En general, lo que hace judicial una actuación es la autonomía, independencia e imparcialidad del funcionario al que llamamos juez. Ahora bien, si tenemos en cuenta que la fiscalía ejerce funciones judiciales, y en algún sentido es entonces juez, cabe destacar que debería ser autónoma, independiente e imparcial.

Precisamente, uno de los argumentos principales al crear el ente acusador en Colombia a partir de la reforma constitucional de 1991, fue la protección de los derechos mínimos del implicado dentro del proceso penal, con fundamento en el principio de imparcialidad del funcionario judicial. No obstante, la creación de la Fiscalía General de la Nación, no solucionó los problemas en la administración de justicia que se presentaban con relación a las funciones que ejercían los Jueces de Instrucción. Al habersele otorgado funciones de índole judicial a los fiscales, éstos siguen en la misma situación de parcialidad en la que se encontraban los funcionarios a los cuales sustituyeron.

Frente a esto se debe de realizar un cuestionamiento:

¿Cuáles son los derechos fundamentales que deben prevalecer en el nuevo sistema de procedimiento judicial?

Como premisa inicial vamos a definir derechos fundamentales como la base de las garantías sociales, de derechos civiles y derechos políticos, los derechos fundamentales son universales, absolutos e incondicionales (no se pueden negar pero si se pueden limitar), no se concilian y se encuentran reconocidos directa o indirectamente en la constitución nacional como derechos subjetivos de aplicación inmediata.

**DERECHOS SUBJETIVOS Es igual a:** Derecho de los ciudadanos en sentido estricto

### **JUSTIFICACIÓN:**

Con el presente ensayo se pretende compilar la información respecto a la limitación de los derechos fundamentales en el marco del sistema penal acusatorio en Colombia, en relación a la ponderación de los derechos en el ámbito de la aplicabilidad de la proporcionalidad donde se describe de qué manera un derecho o un principio fundamental va a sopesar sobre otro y sostener la teoría de que no por este hecho de presentarse un choque de intereses, se va a limitar uno de los derechos; sino que por el contrario se debe de aplicar el más pertinente al caso en concreto, y que si llegado al caso uno de estos derecho se llegase a limitar debe de cumplir con los fines legítimos del estado, y debe de probar la necesidad de la medida.

También se observará como la implementación del sistema acusatorio, tendría como objetivo básico la total separación de funciones que ejercen la Fiscalía General de la Nación y la Judicatura. Así, debe despojarse al órgano investigador de las funciones judiciales que actualmente ejerce.

### **PREGUNTA PROBLEMATIZADORA?**

Se pueden limitar los derechos fundamentales en el marco del sistema penal acusatorio?

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

El acto legislativo de 2003 es la base judicial del sistema penal acusatorio, mediante el cual se redujo al máximo las facultades jurisdiccionales de la Fiscalía General de la Nación, quitándole la mayoría de las atribuciones de restricción, limitación o afectación de los derechos fundamentales de los ciudadano; por otro lado determina la competencia para administrar justicia en Colombia, donde teniendo claro este punto se preserva el derecho fundamental al debido proceso.

## ¿Quiénes pueden administrar justicia en Colombia?

Es así, como, mediante la modificación del artículo 116 de la Carta Política, quedó establecido quiénes pueden administrar justicia en Colombia. Estos operadores judiciales, de conformidad con el Acto Legislativo, son:

- La Corte Constitucional.
- La Corte Suprema de Justicia.
- El Consejo de Estado.
- El Consejo Superior de la Judicatura.
- La Fiscalía General de la Nación.
- Los Tribunales administrativos y penales.
- Los Jueces en las distintas ramas del derecho (civil, penal, laboral, administrativo, de familia, de menores, etc.).
- La Justicia Penal Militar.
- El Congreso en determinadas funciones judiciales

.Excepcionalmente la ley puede atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

Y "los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

Mediante este acto legislativo, se incorpora el principio de oportunidad definido mediante la sentencia C 387/2014

### **“PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Concepto**

*El principio de oportunidad es una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución*

*penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado. Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercier suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo. “*

Y la sentencia c 936/2010

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Límites constitucionales a la potestad de configuración del legislador en el diseño de las causales para su aplicación**

*El constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales que ameritan la aplicación del principio de oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior. En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que dicha potestad de configuración encuentra límites derivados, en primer lugar, de (i) Los derechos de las víctimas de los delitos y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad; (ii) de las finalidades que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación de razones de oportunidad en el sistema penal acusatorio; (iii) de las características constitucionales del principio de oportunidad; (iv) y el principio de legalidad.*

Mediante la aplicación de este principio de oportunidad se da paso a un derecho penal más humanista, un estado social y de derecho donde se garantiza un control de legalidad por el juez de control de garantías en cuanto a los derechos que tienen las víctimas de los delitos y los derechos que tienen los indiciados involucrados en el proceso penal, mediante el principio de oportunidad se le da la potestad a la fiscalía de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, y donde se debe de tener en cuenta que las causales para solicitar la aplicación del principio de oportunidad deben estar



establecidas taxativamente por parte del legislador; Para la aplicación del principio de oportunidad no se compromete la presunción de inocencia, debe de probarse la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, no aplica para crímenes de lesa humanidad o genocidio.

Con las funciones de la fiscalía en el nuevo sistema penal acusatorio se da un Estado más garantista, puesto que el sistema anterior era nefasto donde la fiscalía adelantaba registros, allanamientos, incautaciones, interceptaciones de comunicaciones y muchos procedimientos más sin la autorización del juez de garantías constitucionales, en la actualidad una de las funciones de la fiscalía es suministrar la asistencia a las víctimas, restablecer derechos, reparar integralmente a los afectados con el delito y la protección a todos los intervinientes durante el proceso penal.

Surge la pregunta después de haber descrito los cambios que produjo la integración del nuevo sistema penal acusatorio en cuanto a los derechos fundamentales.

### **¿SE PUEDEN LIMITAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?**

Los derechos pueden presentarse como limitados, esto recae sobre el legislador que no puede crear normas que vayan en contra de esta libertad de ejercicio de los derechos fundamentales, el legislador se encuentra impedido por la constitución para someter lo decidido por el poder constituyente, es decir que ninguna norma puede ir en contra a lo que se encuentra perpetrado por la constitución política nacional.

Lo anterior no significa que los derechos sean limitados, en el sentido de que los mismos autoricen la realización de cualquier tipo de conducta, solo por tener el carácter de inalienables; toda limitación a un derecho fundamental debe de estar justificado y no puede perder su contenido esencial, aun siendo esta limitación de carácter legítima.

La limitación debe de ponderar la necesidad y los beneficios de la regulación del derecho fundamental, realizar sobrevaloración de los beneficios, haciéndose así más exigible el juicio de ponderación a favor de los derechos; en el momento que se ponga en estudio

la limitabilidad de un derecho, cuando más nos acerquemos a su esencia, mayor requerimiento se debe de tener en la medida limitadora, mayor justificación acerca de la misma, y analizar de manera detallada cual es el peso que se contrapone a dicha limitación.

Resulta por otro lado la necesidad de justificación de la medida que se quiere tomar para realizar la restricción del derecho, es por esto que debe de haber una exigencia en la ponderación, en el momento en que dos principios entren en conflicto, uno de ellos resulta afectado por la ley y el otro sirve de justificación a la misma, es por esto que entre estos no existe la jerarquía, o salvo que sea la misma constitución la que lo haya establecido, puesto que la esencia es que ambos contengan el mismo peso y la misma importancia; es por esto que para realizar la ponderación entre los principios que se encuentran en contraposición se debe de mirar el caso en concreto y de esta manera establecer cuál sería el aplicable para el mismo.

La característica de la ponderación es que en el momento que esta se realiza no se logra una respuesta general para todos los supuestos, sino que lo que se obtiene es una preferencia para cada caso en concreto, ya que no se podría aplicar a otro caso diferente, puesto que la misma no conduce a la invalidez de lo que se encuentre en contraposición, sino a lo que conlleva es a la validez de ambos, solo que en un momento determinado y para el caso a resolver uno de los dos primará sobre el otro.

La técnica ponderativa como forma de la no limitación de los derechos fundamentales, conlleva a que en principio todos los derechos tienen la misma equivalencia en el marco jurídico y en su aplicabilidad, pero no asegura que en el momento que se halle un choque entre los mismos se siga manejando esta teoría, puesto que se debe de determinar cuál de estas que se encuentra en choque es la más e importante a aplicar.

Para la protección de los derechos fundamentales si la ponderación resulta lesiva para el derecho se debe de declarar la invalidez y esto se encuentra en manos del juez constitucional que debe de darle un control de validez a la ponderación, es por esto que

cuando la medida resulte desproporcionada total o parcialmente violentando las exigencias constitucionales deberá de declararse su invalidez.

### **Limitaciones excepcionales**

En determinadas situaciones excepcionales, en que está en peligro la supervivencia del Estado, se prevé por parte de las legislaciones medidas de suspensión temporal de los Derechos Humanos.

En unos casos esas restricciones suponen una reformulación del contenido del derecho de que se trate, como el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad personal frente a las detenciones gubernativas.

En otros casos no hay una transformación del contenido, sino la pérdida de una garantía, como es el caso del derecho al secreto de las comunicaciones.

### **Características de las limitaciones excepcionales**

- Sólo pueden ser tomadas cuando circunstancias extraordinarias hacen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes.
- Las causas que pueden justificar la suspensión de los derechos deben estar aprobadas por ley votada por el poder legislativo, y, en cualquier caso, basadas en la Constitución.
- Las causas de la suspensión deben ser claras y concretas, sin posibilidad de interpretación equívoca.
- Solamente pueden ser causas de suspensión las reputadas como muy graves.

- La limitación de los Derechos Humanos debe ser lo más reducida posible en el tiempo y en el espacio, y sin posibilidad de prórroga.
- Las restricciones en el ejercicio de los derechos lo son frente a los poderes públicos y no frente a los particulares, como -por ejemplo- en el derecho a la intimidad frente al allanamiento de morada.
- Se mantiene del principio de legalidad, y por tanto, se mantiene también de la prohibición de la arbitrariedad por parte de los poderes del Estado.
- Existe la posibilidad de exigir responsabilidades por abuso de poder durante el tiempo de duración de las limitaciones excepcionales de los derechos fundamentales.
- Las restricciones tienen un carácter excepcional, quedando limitadas a conseguir el restablecimiento de la normalidad constitucional.
- Las limitaciones excepcionales no interrumpen el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.
- Se mantiene la tutela jurisdiccional de los derechos.
- Permanece la obligatoriedad de interpretación restrictiva, por parte de los tribunales y órganos de la administración de las medidas legales excepcionales limitativas de derechos.
- Algunos derechos no pueden estar comprendidos en la suspensión temporal de los derechos, como sucede con el derecho a la vida o a la integridad física.

## **CARACTERISTICAS DE LA PONDERACIÓN:**

- ❖ Sirve de fundamento al resolver un conflicto entre el derecho existente y su limitación
- ❖ Es un método para resolver choque de intereses en un caso en concreto
- ❖ Siempre hay un conflicto de intereses sobre derechos o principios fundamentales
- ❖ Siempre hay una ley para dirimir ese conflicto
- ❖ Con la ponderación se puede lograr la inconstitucionalidad de la ley (esta declaración de invalidez solo procederá cuando el derecho no sea conocible a la luz de la constitución).
- ❖ En la ponderación siempre hay una ley que ya ha decidido sobre un caso similar, que puede servir como base para la valoración del caso en concreto, apoyándose como un ejercicio de racionalidad.

Con base en la sentencia C-022 / 1996 la proporcionalidad brinda un apoyo, es un sostén a la ponderación entre los principios constitucionales, puesto que como se ha venido reiterando en todo el artículo, en el momento en que dos principios entren en choque se debe de reducir la aplicación de uno u otro, ahí es donde entra a jugar el papel del juez donde este debe de decidir acerca de la aplicación de uno de los que se encuentre en juzgamiento, analizando a la limitación que se pudiese llegar a presentar en el momento en que se afecte uno de estos.

La ley 906 de 2004 trae consigo el principio de proporcionalidad, donde taxativamente expresa que debe de ser aplicada por los jueces de control de garantías, es de esta manera que se podría afirmar que las restricciones a los derechos fundamentales son legítimas, respetando el bloque de constitucionalidad y la esencia de los mismos, tanto que los artículos de la constitución como los de la ley procesal establece límites a los derechos fundamentales, y la manera de resolver estos es mediante la ponderación., puesto que es esta la que resuelve los conflictos y la misma conlleva a su aplicación mediante el sopeso y determina cual es el peso específico de los principios que entran

en colisión, y de esta manera concluir cuál de ellos tiene un peso mayor y cual determina la solución para el caso.

No cualquier principio protegido actúa como límite de derechos fundamentales, estos límites siempre deben de tener una base constitucional, aquellos que impone la constitución, la necesidad de preservarse como limitados, puesto existen fines sociales que superan algunos derechos individuales es por esto que siempre se ha sostenido la teoría de que el interés particular no puede superar el interés general; el problema radica es en que no siempre se puede determinar si un principio está reconocido constitucionalmente o no, puesto que para esto se debe de realizar una ponderación entre los límites de los derechos en juicio; por ejemplo la libertad del hombre siempre se encontrará limitada por los preceptos constitucionales, por los fallos judiciales y por la articulación del sistema penal acusatorio.

En la ley 906 de 2004 en su artículo 8 se puede visualizar una limitación al derecho de defensa, puesto que este solo se podría ejercer desde el momento en que se adquiere la condición de imputado, y esta sería violatoria a este derecho de defensa; bajo este postulado se manifiestan 2 sentencias

- ✓ La sentencia C- 799 de 2015 que declara la exequibilidad de la expresión “una vez adquirida la condición de imputado”, explicando que el derecho de defensa se ejerce sin perjuicio del ejercicio del mismo.
- ✓ La sentencia C-1159 de 2005 manifiesta que la persona tiene derecho a la defensa desde el momento en el cual se le pone en conocimiento de que se está adelantando un proceso en su contra y que este derecho de defensa solo finaliza en el momento en que se da por terminado el mencionado proceso penal.

Para determinar si la limitación a los derechos fundamentales se encuentra justificada o no o si se encuentra validada o invalidada, se debe de analizar las razones a favor de consolidar dicha protección, ya que esta será aplicable al caso; por ejemplo en un

procedimiento de tránsito, tanto la constitución como el código penal dice “ que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo”, pero el código nacional de tránsito y transporte dice que debo de someter a realizar una prueba de alcoholemia, de esto se puede determinar un juego de razones y contrarrazones y es ahí donde es aplicable la ponderación entre principios, la aplicación del principio de proporcionalidad, tratándose como una estructura argumentativa que sirve para actuar a favor o en contra de la restricción que se lleve a cabo con la aplicación de uno de los principios o derechos que se encuentran en debate.

No obstante se podría decir que el principio de proporcionalidad en la actualidad es demasiado relevante, para el campo del derecho penal y constitucional, puesto que este constantemente presenta conflicto entre los derechos fundamentales y mediante el test de proporcionalidad y la ponderación este es resuelto para lograr con mayor acierto cuál de estos es el más relevante para la situación planteada, por medio de este se busca un equilibrio para las partes.

La “ponderación” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentra en dos sentidos:

Sentido amplio: “modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses y/o principios constitucionalmente protegidos. La ponderación se puede llevar a cabo de distintas maneras, es decir, puede consistir en un método más o menos estructurado, con criterios analíticos más o menos precisos para cada paso del método y, por supuesto, con parámetros analíticos que difieren en cuanto a su contenido y su intensidad”.

Sentido estricto: “es uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente el último paso, en el cual el juez lleva a cabo una evaluación del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o principio constitucional, por una parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales invocados para justificar la imposición de dicha carga, por otra”.

En Colombia se utilizan ambos sentidos, pero prevalece el primero

## **OBJETIVO GENERAL**

- ❖ Analizar si se puede limitar un derecho fundamental en el marco del sistema penal acusatorio

## **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- ❖ Identificar si existe limitación a los derechos fundamentales en el sistema procesal penal.
- ❖ Analizar la aplicabilidad de la proporcionalidad en la ponderación de los derechos y principios fundamentales.
- ❖ determinar qué peso jurídico tienen los derechos fundamentales del acusado en contraposición con los derechos de las víctimas.

## **HIPOTESIS**

Aunque por un lado se tenga claridad que el hecho de que dos principios, valores o derechos fundamentales se encuentren en conflicto de intereses no implica la violación a los mismos, por otro lado se puede observar el cómo en algunas ocasiones al momento de realizar el test de proporcionalidad mediante la ponderación se trasgreden los mencionados, puesto que no se realiza un juicio equilibrado y aunque la norma permita que se limiten unos derechos que tengan menos supremacía que los otros para aplicar al caso concreto estos deben de atender a los fines legitimados por el legislador; es por esto que se recae muchas veces en la invalidez de lo actuado.

De esta manera el bloque de constitucionalidad está integrado por principios y normas que no están dentro de lo plasmado en la constitución, pero que sirven para realizar un control de constitucionalidad a las leyes.



## **FUNDAMENTACIÓN TEÒRICA**

### **(ANTECEDENTES)**

La protección de los derechos fundamentales, conlleva a que en la necesidad de protegerlos se acceda al mecanismo de la acción de tutela, con el fin de la salvaguarda de los mismos, se ha venido manejando la tesis y como lo establece la constitución nos encontramos frente a un estado social y de derecho, garantista cuyo objetivo es velar por el cumplimiento de los principios, valores, bienes y derechos constitucionales, puesto que el hombre no puede velar por sí mismo para que no se trasgredan sus derechos, sino que se necesitaba la presencia del legislador para garantizar los mismo, se tiene en cuenta que los Derechos Fundamentales son las mínimas garantías que se tienen como ciudadano y deben rodear toda actuación del poder punitivo del Estado como camino previo a la búsqueda de la verdad.

### **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Este surge como parte de la discusión en torno a la relación y jerarquía entre el derecho interno y el derecho internacional.

Son estas dos teorías las que se han establecido a lo largo del tiempo, siendo estas las que dan respuesta frente a la relación que debe de existir entre los bloques normativos, y cuál de estos debería de prevalecer sobre el otro.

Se presentan algunas teorías frente al anterior cuestionamiento en cuanto a la ponderación, entre ellas la teoría dualista, manifiesta que estos deberían de ser diferentes, separados y se deben de encargar solamente de regular las relaciones con fuentes y fundamentos distintos, no cabe la unificación dentro de esta teoría; de otro lado está la teoría monista que manifiesta que el derecho interno y el derecho internacional forma un solo sistema jurídico en donde alguno de ellos pueden tener primacía sobre el otro.

La doctrina en Colombia inicia con la constitución de 1991, la cual ha sido fortalecida a través de la jurisprudencia de la corte constitucional, entre esto el artículo 4 de la

constitucional nacional que establece que esta es norma de normas, ya que confiere prevalencia y primacía en el orden interno en cuanto a algunos contenidos de los convenios de derechos humanos.

De esta manera se puede manifestar que el Bloque de Constitucional ha buscado integrar las normas sobre derechos humanos internacionales que no pueden ser limitadas en estados de excepción, con las garantías fundamentales previstas en la misma constitución, frente a cualquier norma que sea inferior jerárquicamente.

## **CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL**

Según la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-225 de 1998,

*“Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos - directa o indirectamente - en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.”*

En otras palabras, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.

La sentencia T-418 de 1992 dice que los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible. Los derechos constitucionales fundamentales se determinan no sólo por la mención expresa que de ellos haga la

Constitución, sino también por su significación misma para la realización de los principios y valores consagrados en ella y, además, por la conexión que tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados.

En el mismo sentido, agrega la sentencia T-095/16 que

*“El fundamento de los derechos constitucionales se desprende de su relación con la dignidad humana, por lo cual es necesario evaluar la existencia de consensos ya sean dogmáticos, legislativos o de derecho internacional para valorar qué es un derecho fundamental, quién es el titular de los mismos y cuál es el contenido del mismo. En virtud de lo anterior, para la procedencia de la acción de tutela, es relevante determinar la existencia de un derecho constitucional fundamental cuya protección se pueda solicitar por medio de dicho mecanismo.”*

Quiriendo decir esto, que se debe de tener certeza absoluta que se está en frente de un derecho fundamental al momento de poner en funcionamiento el aparato judicial mediante la acción de tutela, demostrando que este es el único mecanismo que se tiene para la protección del derecho.

## **CONCEPTO DE PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS**

### **Sentencia No. T-425/95**

*“En el caso de colisión entre derechos constitucionales, corresponde al juez llevar a cabo la respectiva ponderación. Mediante ésta, se busca un equilibrio práctico entre las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. La consagración positiva del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, elevó a rango constitucional la auto-contención de la persona en el ejercicio de sus derechos. La eficacia constitucional de este deber, en consecuencia, exige de los sujetos jurídicos un ejercicio responsable, razonable y reflexivo de sus derechos, atendiendo a los derechos y necesidades de las demás y de la colectividad”*

Y doctrinariamente:

*Ruiz (2006), citando a Prieto Sanchís, sostiene que: “si bien la ponderación no equivale a irracionalidad, no significa tampoco que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas, esto es, el que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por el Derecho; “es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo”, pues “decidir que el sacrificio circunstancial de un principio merece la pena desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración, valoración en la que aunque no se quiera pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia “cuantificación” de costes y beneficios en el caso concreto”*

Se entiende que la ponderación es un método de razonamiento mediante el cual se balancean los argumentos de las que se encuentran a favor o en contra de una decisión, la ponderación la aplicación en sentido estricto del principio de proporcionalidad, puesto que es mediante estos que se determina la idoneidad de la medida restrictiva.

La función del juez al momento de ponderar es sopesar los principios que concurren en el caso en concreto, resolver la controversia que se encuentra presente y de esta manera darle prevalencia a uno de los derechos o principios que están en discusión; el método de la ponderación es el método por medio del cual se aplican los principios jurídicos, la constitución pólita y lo tratados internacionales, que pretenden la proyección de los derechos fundamentales.

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales. Al respecto se debe de precisar, conforme señala Carlos Bernal Pulido (2003): “Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.” (Bernal, 2003, P 115).

La ponderación tiene en cuenta los pesos de los principios que entran en colisión y para su solución se debe de determinar qué es lo que diferencia estos principios para de esta manera sopesarlos y tomar una decisión y si no se encuentra diferencia entonces neutralizarlos,

## **CONCEPTO DE SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

“Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción

La supresión de las funciones judiciales que ejerce actualmente la Fiscalía General de la Nación, implica la separación definitiva de las funciones acusadora y juzgadora dentro del proceso y se constituye en el sustrato de un sistema acusatorio puro. Este hecho además, revierte en el aseguramiento de la imparcialidad y eficiencia necesarias para garantizar los derechos fundamentales.

Traemos a colación la sentencia:

Sentencia C-186/ 08

*“En el diseño constitucional del nuevo proceso penal la Fiscalía General de la Nación no puede actuar a su arbitrio en el ejercicio de sus funciones de investigación y acusación, ya que cuando su actuación compromete derechos fundamentales, debe someterse a la supervisión del juez de control de garantías, a quien corresponderá verificar si las medidas adoptadas por el ente investigador implican o no afectación de derechos fundamentales, pues en principio toda medida de investigación que sea restrictiva de tales derechos debe estar precedida de autorización de dicho juez.”*

De esta manera con el concepto de esta sentencia, se confirma que la fiscalía tiene la obligación de demostrar la legitimidad de la restricción de algún derecho fundamental que se encuentre en choque con otro, en el momento en que la fiscalía desee realizar alguna solicitud al juez que comprometa los derechos fundamentales de una de las

partes, es el juez quien va a verificar la legitimidad y la validez del mismo, esto con el fin de no violentar los derechos fundamentales de ninguna de las partes que se encuentran involucradas dentro del proceso penal.

La misma sentencia de otro lado nos dice:

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Objetivo**

*“El nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento penal, adoptado a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, modificador de los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, tiene como puntos más sobresalientes la introducción de un nuevo modelo de proceso penal basado en la aplicación del principio "nemo iudex sine actore"; la creación de la figura del juez de control de garantías; la consagración del principio de oportunidad y el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación. En cuanto a sus objetivos: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación; (ii) propiciar un juicio público, pleno de garantías, oral, contradictorio, concentrado y con inmediación en la incorporación y práctica probatoria; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante un sistema procesal basado en la oralidad, que garantice el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por el de la producción de la misma dentro del juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; y (vii) dar función efectiva a la figura del juez de control de garantías.”*

Y para complementar se trae a colación lo perpetrado en la sentencia C-396/07 que reza:

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO-Pasividad probatoria del juez como característica**

*“El sistema penal acusatorio se caracteriza por la pasividad probatoria del juez, pues él no sólo está impedido para practicar pruebas sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. De tal forma que si la parte acusadora no logra desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, o existen dudas sobre la ocurrencia de los hechos o sobre su responsabilidad penal, el juez simplemente debe absolverlo porque no puede solicitar pruebas diferentes a las aportadas en las audiencias preparatorias y controvertidas en el juicio. La pasividad probatoria del juez es vista, entonces, como una garantía del acusado. El anterior análisis muestra que la prohibición del decreto y práctica oficiosa de pruebas hace parte de la estructura del sistema penal acusatorio y está concebida, de un lado, como un principio procesal dirigido a determinar el rol de los intervinientes en el proceso penal y, de otro, como una garantía sustancial de eficacia del deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal.”*

Es por esto que se manifiesta que mediante la entrada en vigor del Sistema Penal Acusatorio se tiene un estado más garantista tanto normativa como constitucionalmente, donde a lo largo de todo el artículo se pudo observar lo que con este acto legislativo se incorporó el principio de proporcionalidad, la ponderación de los derechos fundamentales, se le limitaron las facultades a la fiscalía, se determinaron quienes eran los órganos competentes para administrar justicia en Colombia, para que de esta manera no se diera una violación al debido proceso.

## **CONCLUSIONES:**

A partir de los antecedentes mencionados anteriormente se puede concluir que:

- ❖ Para poder limitar un derecho se debe de contar con un fin legitimado por la constitución, debe de haber idoneidad de la medida para la protección de dicho fin, es decir, que la medida debe de ser consistente con el derecho, debe de haber una necesidad y de esta manera demostrar que no existe otro método como el de

limitar este derecho y por último se debe de ponderar los daños y los beneficios, y se debe de argumentar que existe cierto beneficio con la medida limitadora.

- ❖ Toda medida limitadora debe de justificarse.
- ❖ Se debe de tener claro que aunque en muchos mandatos se limite la libertad natural esta no se está limitando jurídicamente.
- ❖ El juzgador debe considerar que los derechos fundamentales no son ilimitados, pero debe de tener cuidado al precisar cuáles son los que se deben de limitar, puesto que se puede equivocar en esto y de esta manera declarar la invalidez del mismo acto.
- ❖ Cuando se presenta choque entre derechos y principios fundamentales se debe de resolver mediante la ponderación, teniendo en cuenta que de ninguna manera se imitará uno de los derechos o principios que se encuentran en cuestión, solamente se hará un juicio proporcional a saber cuál de estos prima sobre el otro para el caso en concreto.
- ❖ El derecho a la defensa es una garantía universal, que se puede ejercer desde antes de la imputación.
- ❖ El principio de proporcionalidad es una herramienta para evaluar la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.
- ❖ Toda afectación a Derechos Fundamentales de manera alta o media dentro de los casos previstos expresamente en el artículo 250, numeral 2 de la Constitución Política de Colombia, requiere un control posterior.

## **REFERENTES BIBLIOGRÁFICOS**

Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal Colombiano)

Constitución Política de Colombia

Sentencia C -387/14 (Corte Constitucional Junio 25 de 2014)

Sentencia C- 936/10 (Corte Constitucional Noviembre 23 de 2010)

Sentencia C-022 /96 (Corte Constitucional Enero 23 de 1996)



Sentencia C-881/14 (Corte Constitucional Noviembre 21 de 2014)

Sentencia C-025/09 (Corte Constitucional)

Sentencia No. T-425/95 (Corte Constitucional)

Sentencia T-095/16 (Corte Constitucional)

Sentencia T-418 de 1992 (Corte Constitucional)

Sentencia de unificación SU-225 de 1998 (Corte Constitucional)

Eduardo Matyas Camargo (04 de julio de 2008) - LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO.

Luis Prieto Sanchís (1990) - LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA NORMA DE CLAUSURA DEL SISTEMA DE LIBERTADES

Nínive Ileana Penagos Robles - LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES REFLEXIONES PARA RESOLVER POSIBLES CONTROVERSIAS QUE SE PRESENTAN AL ENFRENTARSE DOS O MÁS DE LOS CITADOS DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE reconocidos

Defensoría Municipal - Alberto José Prieto Vera (Diciembre de 2006) - RÉGIMEN DE LIBERTAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

Oscar Fernando Tamayo Zuluaga – (2003) -EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RESTRICCIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Polémicas constitucionales. Legis, pp. 269 – 315.